

## ***DESPEDIDA DE EMPREGADO ESTÁVEL OPTANTE PELO FGTS : direito de defesa\****

---

**EVANDRO GUEIROS LEITE**

*Ministro do Tribunal Federal de Recursos*

1. Dispensa de empregado estável – optante. Falta grave – 2. O direito de defesa do trabalhador – 3. A orientação do STF – 4. Constituição Federal, art 153, § 15: pretensão à tutela jurídica – 5. Conclusões.

### **1. Dispensa de empregado estável – optante. Falta grave.**

O assunto resume-se em saber se, manifestada a opção pelo FGTS, o empregado perde, totalmente, a estabilidade já adquirida. E, em caso negativo, se poderá ser dispensado sob acusação de falta grave, sem inquérito para sua apuração.<sup>1</sup>

Alguns autores sustentam que não perde a estabilidade o empregado optante, após 10 anos de efetivo serviço prestados à empresa e que não foi, na oportunidade da opção, devidamente indenizado.

Por isso a falta grave a ele atribuída não pode deixar de ser apurada em inquérito judicial, sob pena de ser considerada irregular a dispensa, mesmo se levada a efeito com base em sindicância.<sup>2</sup>

---

\* De um voto proferido no RO 7.268-RS, 2ª T. Por maioria prevaleceu a decisão de anular-se a dispensa do empregado estável - optante, à míngua da apuração, em inquérito, de suposta falta grave.

<sup>1</sup> CLT, art. 482, e alíneas.

<sup>2</sup> Francisco Antônio de Oliveira, "Estabilidade e FGTS não se repelem, antes se completam", RT 486/239-242; Délio Maranhão, **Direito do Trabalho**, 3ª ed., 1974, FGV, p. 236; Eduardo Cossermelli, "Coexistência da estabilidade e regime do FGTS", **LTr** 35, 1971, p. 379; Amaro Barreto, **LTr** 40/10, 1976.

A sindicância seria imprestável em tais casos, pois apenas aconselhável na apuração de faltas menos graves, mesmo aí solene e formal, com possibilidade de ampla defesa ao sindicato.<sup>3</sup>

Outros sustentam que o art. 165, XIII, da CF, assegura aos trabalhadores, como direitos que visam à melhoria de sua condição social, alternativamente, a **estabilidade**, com indenização na dispensa, ou o **fundo de garantia equivalente**.

Embora mantidos os Capítulos V e VII, Título IV, da CLT – que tratam da **rescisão** e da **estabilidade** – com a Lei 5.107/66 criou-se, paralelamente, o FGTS, por cujo regime pode optar o trabalhador.

A despedida do optante por justa causa (falta grave) não mais ficaria subordinada a inquérito para verificar-se a procedência da acusação (CLT, art. 494).

Citam-se, desse lado, entre outros, Mozart Victor Russomano,<sup>4</sup> Délio Maranhão,<sup>5</sup> Orlando Gomes e Elson Gottschalk<sup>6</sup> e Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena,<sup>7</sup> parte da nossa boa doutrina. E na jurisprudência, acórdãos do STF<sup>8</sup> e do TFR.<sup>9</sup>

1.1 A orientação do primeiro grupo de estudiosos consubstancia-se, principalmente, na idéia de que a Lei 5.107/66 jamais

---

<sup>3</sup> Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 12ª ed. atual., Ed. RT, 1986, p. 595; Egberto Maia Luz, **Direito Administrativo Disciplinar**, p. 125; Miguel S. Marienhoff, **Tratado de Derecho Administrativo**, Tomo III-B, p. 429; Gaston Jèse, **Principios Generales del Derecho Administrativo**, v. III, p. 102; Benjamin Villegas Basavilbaso, **Derecho Administrativo**, v. III, p. 537; Rafael Bielsa, **Derecho Administrativo**, v. II, pp. 210-212; William Patterson, acórdão na Ap. 84.303-DF, 2ª T., TFR, 11.11.83.

<sup>4</sup> Mozart Victor Russomano, **Curso de Direito do Trabalho**, p. 270.

<sup>5</sup> Délio Maranhão, ob. cit., 6ª ed., p. 293.

<sup>6</sup> Orlando Gomes e Elson Gottschalk, **Curso de Direito do Trabalho**, v. II, pp. 542, 547, 548, 550.

<sup>7</sup> Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena, "A Constituição, a CLT e o FGTS", **Rev. TRT 3ª Região**, 22/15-22.

<sup>8</sup> RE 96.689-RS, rel. Min. Soares Muñoz (**RTJ** 107/1.132) e RE 99.747-ES, rel. Min. Djaci Falcão (**RTJ** 107/1.264).

<sup>9</sup> ERO 3.999-SC, rel. Min. Hélio Pinheiro.

poderia extinguir a estabilidade, pois essa exegese esbarraria no direito adquirido (CF, art. 153, § 3º).<sup>10</sup>

O juiz trabalhista Herondines Saraiva de Carvalho<sup>11</sup> sustentou que o direito adquirido não se auto-revoga por simples adesão, tanto mais quando a própria Lei 5.107/66, em seu art. 1º, manteve intangível a estabilidade para quem nela estivesse ou a ela quisesse chegar, pois em nenhum momento o legislador dispôs sobre o perdimento da estabilidade pelo empregado optante.

Francisco Antônio de Oliveira<sup>12</sup> esforça-se em demonstrar que a estabilidade e o FGTS não se repelem, antes se completam, pois em verdade, a par da estabilidade decenal, outras vêm florescendo. Assim é que, atualmente, cuida-se da estabilidade da gestante, do trabalhador em idade de convocação militar e sindical.

Segundo Délio Maranhão<sup>13</sup> é vedada a dispensa do empregado sindicalizado, a partir do momento de seu registro como candidato a cargo de direção ou representação sindical, até um ano (cf. Lei 5.911/73, que alterou o art. 543, § 3º, da CLT) após o final do mandato, caso seja eleito, inclusive suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada.

Eduardo Cossermelli<sup>14</sup> também sustenta que, se a estabilidade provisória é resguardada e exige o processo de inquérito para falta grave e conseqüente autorização judicial da rescisão, muito mais se justifica nos

---

<sup>10</sup> Além da teoria do **direito adquirido** (Francisco Antônio de Oliveira, Herondine Saraiva de Carvalho), tem-se a **isonômica**, da igualdade em face da lei, em igual situação jurídica (Eduardo Cossermelli); da **eficácia imediata** do art. 165, XIII, que impede ao legislador ordinário disposições restritivas do direito à estabilidade, pois a referência a esta não pode significar apenas um sistema indenizatório ou de depósito de valores correspondentes, porque isso tornaria ocioso o vocábulo (Hugo Gueiros Bernardes).

<sup>11</sup> Herondines Saraiva de Carvalho, Ac. TRT, 1ª Região, 3ª T., 394, de 22.4.75, **LTr** 40/52, 1976.

<sup>12</sup> Francisco Antônio de Oliveira, ob. cit.

<sup>13</sup> Délio Maranhão, ob. cit., 3ª ed., p. 236; **apud** Francisco Antônio de Oliveira, ob. cit., p. 240.

<sup>14</sup> Eduardo Cossermelli, ob. cit., p. 279; **apud** Francisco Antônio de Oliveira, ob. cit., p. 241.

casos da estabilidade decenal adquirida, porque se trata de estabilidade no emprego, situação jurídica igual para todos (CF, art. 153, § 1º).

O próprio Governo criou para os professores das instituições de ensino superior, embora regidos pela CLT e optantes do FGTS, uma estabilidade especial, tendo como requisito basilar a garantia contra a dispensa sem inquérito para apuração de justa causa, a critério do juiz e não das partes, empregador ou empregado (cf. Lei 5.540/68, art. 37, I, e seu regulamento baixado com o Dec. 85.487/80, art. 33).

Citam-se acórdãos do TFR configuradores desta estabilidade especial.<sup>15</sup>

1.2 O segundo grupo<sup>16</sup> orienta-se no sentido de que "hoje, ao contrário, a regra geral é a possibilidade fática de despedida do trabalhador, mediante pagamento de indenização, e a estabilidade constitui exceção à regra".<sup>17</sup>

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena<sup>18</sup> sustenta que atualmente o juiz, ao decidir questões trabalhistas, não pode fugir a uma posição exegética **trifacetada**, a saber: a) da proteção ao trabalhador e da tutela empresarial, quando, em curso a relação laboral, permanece robustecida a segurança do emprego através da estabilidade; b) da redução da segurança do emprego, com o desencargo do empregador de indenizar ou a extinção da estabilidade, no momento da opção, onde predomina a força negocial; c) da participação do Estado como sujeito de direito na relação

---

<sup>15</sup> RO 8.716-RN, 2ª T., **DJ** 22.5.86; AMS 99.389-SP, 3ª T., **DJ** 25.4.85; RO 7.008-BA, 1ª T., **DJ** 30.5.85.

<sup>16</sup> Nem todos os autores desse grupo admitem a equivalência real dos dois regimes. Pode haver **coexistência** (Eduardo Cossermelli); **estabilidade imprópria** (Manoel Gonçalves Ferreira Filho); **estabilidade econômica** (Júlio Assumpção Malhadas); **equivalência de valores** (Almir Pazzianotto Pinto); **sistemas paralelos** (Délio Maranhão). Não há dúvida, porém, que a grande maioria deles admite a **convivência** dos regimes da CLT (estabilidade e indenização) e do FGTS (depósitos, juros, correção monetária e percentuais codificados), assegurada na Constituição.

<sup>17</sup> Mozart Victor Russomano, **A Estabilidade do Trabalhador na Empresa Konfino**, 1970, p. 95; **apud** Francisco Antônio de Oliveira, ob. cit., p. 239.

<sup>18</sup> Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, ob. cit., pp. 15-22.

de trabalho, deixando a esfera puramente administrativa e o poder de polícia, para tornar-se patrimonialmente interessado.

Essa fenomenologia surgiu após a admissão constitucional do regime jurídico concernente à tutela da relação de trabalho, diverso daquele tradicionalmente estabelecido pela CLT e com vistas à extinção da estabilidade a qual, contudo, ainda permanece e cria perplexidade aos meios jurídicos e à Justiça em especial.

Nos quadros de sua exposição examina ele o caso do empregado estável que opta e depois vem a ser despedido: se deve haver precedência de inquérito judicial e só por sentença consumir-se a dispensa pela forma como foi feita.

Para ele, no plano constitucional equivalem-se os regimes da CLT e do FGTS. E quem dita os termos dessa equivalência é o legislador ordinário. O direito adquirido ao emprego pode ser objeto de transação, que não se confunde com a renúncia, nem esta com a opção que é forma de **substituição** de regimes jurídicos.

E conclui:

e) optante o empregado estável, nada obsta seja despedido; f) o remédio processual, em que se vai discutir a indenização do estável – optante despedido, é a reclamatória comum e não o inquérito; g) este (o inquérito) tem por exclusiva finalidade a dispensa do empregado, se portador de estabilidade.<sup>19</sup>

## 2. O direito de defesa do trabalhador

Dou ênfase, aqui, à opinião de Hugo Gueiros Bernardes,<sup>20</sup> quando estuda a estabilidade como meio de proteção do empregado contra a despedida **arbitrária**.

---

<sup>19</sup> Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, ob. cit., p. 22.

<sup>20</sup> Hugo Gueiros Bernardes, **Estabilidade e Fundo de Garantia na CF, LTr**, São Paulo, 1979, pp. 75-91.

Pouca ou nenhuma importância atribui ele à denominação que essa proteção tenha. Sustenta apenas a sua inquestionável realidade no Estado de Direito, contrária ao arbítrio anti-social e próximo à concepção do abuso.

Daí a idéia de que, embora não-estável **funcionalmente** (direito ao emprego) pelo regime do FGTS, o empregado o é **economicamente**, estabilidade alcançada pela indenização, quando da dispensa através do Fundo.

Tal posição seria fruto da **equivalência**,<sup>21</sup> que a Constituição vigente criou (art. 165, XIII) como meio de resgatar a Lei 5.107/66 de sua inconstitucionalidade originária, pois a Constituição Federal de 1946, sob a qual nasceu, não fazia discriminação entre optantes e não optantes.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Hugo Gueiros Bernardes repele, doutrinariamente, a idéia da **equivalência** entre o FGTS e a estabilidade. Para ele há uma formal antítese doutrinária entre os dois regimes, a tornar impossível a interpretação que torne **constitucional** a vedação da estabilidade para os optantes. O seu raciocínio é o seguinte: se o constituinte, quando fala em estabilidade, refere-se ao sentido próprio desta, como garantia do emprego, ainda que relativa, e não à simples compensação financeira, a expressão final do texto – "ou fundo de garantia equivalente" – está relacionada, apenas, com **indenização** e não com **estabilidade**, pois o Fundo não é de garantia (repita-se) do emprego, embora possa ser uma garantia para o **desemprego** conseqüente à despedida (ob. cit., p. 88).

<sup>22</sup> Como parece claro que, ou bem a inconstitucionalidade persiste ante o texto de 1967 ou de 1969, ou a Lei 5.107/66 está convalidada, para o referido autor perdeu interesse a discussão (ob. cit., p. 81). De nossa parte assim também pensamos, como igualmente em torno do problema da **equivalência**, muito polêmica (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Comentários à Constituição Brasileira**, 1978, 3º v., p. 193; Júlio Assumpção Malhadas, "Indenização ao Trabalhador Despedido ou Fundo de Garantia Equivalente", **LTr** 42/193; Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, ob. cit., ou Almir Pazianotto Pinto, "Indenização ou Fundo de Garantia Equivalente", **LTr** 41/59-592; Délio Maranhão, **Instituições de Direito do Trabalho**, com Sussekund e Segadas Vianna, Freitas Bastos, Rio, 7ª ed., 1978, p. 461; Rezende Puech, "Relatório do Tema V, FGTS, ao IV Congresso Iberoamericano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social", São Paulo, 1972, **LTr** 36/852; Eduardo Cossermelli, ob. cit., pp. 279-281; Cesarino Júnior, **Direito Social Brasileiro**, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 1970, p. 27). O nosso tema, embora afim, situa-se, porém em patamar superior, pois não questiono disposições imperativas que se dirijam ao cidadão apenas, mas sim ao Estado. Falo de um **direito fundamental**, que em sua substância não é bem jurídico, mas parcela da própria **liberdade**, como, por excelência, o direito de defesa, que é **anterior** e **superior** ao Estado (cf. Léon Duguit, **Manuel de Droit Constitutionnel**, Paris, 1907, A. Fontemoing Éditeur, p. 165; Cari Schmitt, "Teoría de la Constitución", **Revista de Derecho Privado**, Madri, p. 189; **apud** Hugo Gueiros Bernardes, ob. cit., p. 82).

Assim, sob qualquer dos dois regimes, o trabalhador deve ser garantido por amplo direito de defesa, se for **acusado** de falta grave pelo empregador e dispensado.

Essa é também a minha posição, que não repousa apenas na legislação obreira, consolidada ou não, mas principalmente na Constituição, que assegura aos acusados ampla defesa com os recursos a ela inerentes (CF, art. 153, § 15), aspecto ainda não abordado.

Porque essa posição é constitucional, acho que a lei não pode prevalecer contra ela, o que aliás incorre com a Lei 5.107/66, pois não suprimiu a garantia do direito ao contraditório.

O legislador foi apenas cauteloso, em textos tímidos, ao dispor que, "para garantia do tempo de serviço", ficavam mantidos os Capítulos V e VII, Título IV, da CLT (Lei 5.107/ 66, art. 1º).

Hugo Gueiros Bernardes também comenta que o citado art. 1º, da Lei 5.107/66, **não foi explícito** a respeito da exclusão do direito de estabilidade para o optante do FGTS, pois apenas indica que aos mesmos não se aplicaria a CLT nessa parte.

De qualquer modo – continua ele – essa não-aplicação seria impossível, pois o Capítulo V é aquele que contém, p. ex., o art. 477, cujos parágrafos tratam da **quitação** de direitos rescisórios. E os arts. 482 e 483, que tratam da falta grave do empregado, ao optante ou não.

E vêm sendo aplicados, pois a ninguém seria lícito proclamar que não existe falta grave para um optante ou que a sua quitação de direitos rescisórios não precisa obedecer à lei.

O TST já decidiu, aliás, no tocante à **estabilidade** (Capítulo VII), que o optante (jamais estável para a Corte), se contava mais de 10 anos ao optar, tem os direitos do art. 497 da CLT, i. é., indenização

dobrada em lugar de transferência por necessidade de serviço (extinção da empresa no local).

Se o Capítulo não pudesse ser aplicado ao optante do FGTS, tal decisão seria violadora da lei.

Há que buscar, portanto, outro sentido para o art. 1º da Lei 5.107/66, mais favorável ao trabalhador, como é regra no Direito do Trabalho: a opção pelo regime do FGTS excluiria dos Capítulos V e VII as normas incompatíveis com esse regime e não **todas** as normas.

A **indenização** é, a rigor, o único instituto incompatível com o FGTS, mas a **estabilidade** não.

O que se pretende dizer, em contrário a essa tese, é que a Constituição seria geradora de tal incompatibilidade. Mas é preciso acentuar que a Constituição Federal comporta entendimento diverso, de sentido mais favorável ao trabalhador e que leva, necessariamente, à conclusão oposta, isto é, à necessidade de garantir a estabilidade, tanto a não-optantes como a optantes.

A lei seria considerada a ética se pretendesse fazer o trabalhador trocar indenização e estabilidade por FGTS, o que não se pode prestigiar.

O **eufemismo** legal levaria às seguintes especulações: a) se quis excluir a estabilidade do regime jurídico dos optantes e se o dissesse claramente, estaria admitindo a sua própria inconstitucionalidade, em face da Constituição Federal de 1946, sob a qual foi editada; b) se a reação fosse muito grande, haveria sempre a possibilidade, pela via interpretativa, **restabelecer** a estabilidade.

### 3. A orientação do STF

A **via interpretativa** reprimiu antecipadamente possíveis reações trabalhistas.



A negativa do direito de defesa ao empregado estável-optante é sabidamente criação pretoriana, amparada por respeitável segmento da nossa doutrina, embora construída, a meu ver, à base de um direcionamento mais **político** – no sentido do que não interessa apenas ao particular, mas ao sistema – do que propriamente **social**...

Parece que essa corrente do nosso pensamento jurídico se arreceia de um eventual retorno à estabilidade da CLT, realmente anacrônica, rígida e desastrosa, a partir do momento em que só admite a rescisão por falta grave.

Mas não tem razão, pois o que se recomenda é o respeito ao direito de defesa como garantia do trabalhador a um **mínimo** de estabilidade, ou seja, a possibilidade de **retorno ao emprego** se a despedida for comprovadamente arbitrária, caprichosa, o que somente se evidenciará exigindo-se do empregador lhe dê motivação técnica, disciplinar, econômica ou financeira.

Daí a necessidade do inquérito, pois é antitrabalhista deixar-se pendente um conflito laboral, conforme pretende Ribeiro de Vilhena.<sup>23</sup>

Antero de Carvalho, citado por Russomano,<sup>24</sup> acha conveniente o ajuizamento do inquérito, até mesmo quando o empregado estável pede demissão e no pedido reconhece a prática de falta grave. Com ele concorda Russomano, para que não paire dúvida sobre a perda da estabilidade pelo infrator, pois "a falta grave do estável só pode ser comprovada através de inquérito judicial".

---

<sup>23</sup> Ribeiro de Vilhena, ob. Cit., p. 22, item 7: "Em linha de conclusão (**homizies**): f) o remédio processual, em que se vai discutir a indenização do estável-optante despedido, é a **reclamatória** comum e não o inquérito".

<sup>24</sup> Antero de Carvalho, **Direito do Trabalho Interpretado**, pp. 22 e ss.; Russomano, **Comentários à CLT**, 1982, p. 605.

O Min. Djaci Falcão,<sup>25</sup> em decisão radical, pois não deixou lugar ao inquérito para apuração de falta grave, mesmo em se tratando da rescisão do contrato de trabalhador estável-optante, assim proclamou:

...A rescisão do contrato de empregado que, sendo estável, optou pelo FGTS, não está sujeita a inquérito para a apuração de falta grave, ainda que a estabilidade tenha sido adquirida antes da opção. **(Omissis)**.

Essa é a orientação da nossa Suprema Corte, pelo receio de que se pretendam equiparar patrimonialmente os dois regimes. Admite apenas a equivalência jurídica, à base do art. 165, XIII, da CF, conforme afirmam, pela inexistência de identidade do **quantum** a que faria jus o empregado despedido.<sup>26</sup>

Apenas o Min. Soares Muñoz acenou com solução razoável do problema, em acórdão no qual admitiu que o empregado estável-optante, tendo o seu contrato rescindido sem inquérito, viesse a ser indenizado pelo período correspondente à estabilidade não transacionada:

Empregado. Estabilidade. Opção pelo regime do FGTS. A rescisão do contrato de trabalho com empregado que, embora estável, optou pelo FGTS, não está condicionada a apuração de falta grave em inquérito administrativo, ainda que a estabilidade tenha sido adquirida antes da opção e não haja sido negociada como faculta a lei. Nesse caso, o período correspondente à estabilidade vale para os efeitos indenizatórios. **(Omissis)**.

Essa decisão ajusta-se à integridade do patrimônio laboral, pois admite a indenização, embora com a ressalva do art. 1º, § 5º, Lei 5.107/66. **A contrario sensu** conclui-se que a opção não transacionada tanto poderá resultar na retratação da opção, como na **exigência** de indenização **anterior** à opção.

---

<sup>25</sup> RE 99.747-ES, **RTJ** 107/1.264.

<sup>26</sup> **RTJ** 100/391, Min. Moreira Alves; **RTJ** 100/393 e 394; RE 96.689, 1ª T., Min. Soares Muñoz.

O r. acórdão contém, todavia, uma contradição em termos, pois, a par de admitir a rescisão do contrato de trabalho do empregado estável-optante **por falta grave**, não a condiciona à apuração em inquérito, mas manda indenizar o trabalhador, situação incompatível com a legislação laboral comum (CLT, art. 477), ainda vigente (Lei 5.107/66, art. 16).

3.1 Sempre que se localizem contradições, seja entre textos diversos ou mesmo entre assentos jurisprudenciais com a força vinculativa dos precedentes, é recomendável seguir-se a lição dos Estatutos da Universidade de Coimbra, 1872, de fazer-se, antes de tudo, uma tentativa de harmonização, se possível, engenho e arte que os referidos Estatutos denominavam de **terapêutica jurídica**.<sup>27 28</sup>

O primeiro cuidado do intérprete, na lição de Max Gmur,<sup>29</sup> é desconfiar de si mesmo, presumindo não haver compreendido bem o sentido de cada texto ou decisão, ao parecerem inconciliáveis. Mas, se a inconciliabilidade for verdadeira e não aparente, impõe-se a sua indeclinável correção, através da lei de prevalência do sistema.

#### **4. Constituição Federal, art. 155, § 15: pretensão à tutela jurídica**

Já tenho decidido, ao arrepio dessa orientação do STF, mas com base em argumento novo ainda não abordado, sobre a aplicação do princípio da ampla defesa, que é universal e não admite postergação nem restrições na sua aplicação.<sup>30</sup>

A defesa é garantia constitucional de todo acusado, em processo judicial ou administrativo. A lei, ao tratar do processo

---

<sup>27</sup> Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Forense, 1979, 9ª ed., p. 134.

<sup>28</sup> Evandro Gueiros Leite, **Conflitos Intercontextuais de Processo. Prevalência das Normas Processuais Genéricas**, Freitas Bastos, 1963, p. 12.

<sup>29</sup> Max Gmur, **Estatutos**, liv. II, tit. VI, Cap. VII, § 6º, **apud** Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 134.

<sup>30</sup> TFR, REO 90.066-DF, 2ª T., 3.5.83; Ap. 76.712-PA, 2ª T., 1982; RO 3.063-BA, 2ª T.; Ap. 67.708-DF, 2ª T., 1982; Hely Lopes Meirelles, ob. cit., 8ª ed., p. 663.

administrativo como da iniciativa imperiosa da autoridade responsável (Lei 1.711/52, art. 217), assegura ao indiciado ampla defesa. O princípio do contraditório é constitucional (CF, art. 153, § 15), como um direito do cidadão.

Não somente no TFR, como alhures, em outros Tribunais do País, tem-se decidido, como verdadeiro truísmo jurídico, sobre a vinculação das partes aos princípios da legalidade objetiva, da oficialidade, da verdade material e da observância dos ritos.

Não poderia ser diferente no âmbito da Justiça do Trabalho, pois é inconteste que, no elenco do art. 482 da CLT, praticamente todas as faltas justificadoras das rescisões de contratos pelo empregador afetam a dignidade pessoal e profissional e têm natureza infamante, devendo por isso mesmo, ser cumprida, firme e inquestionavelmente provadas.

Sobre a indispensabilidade da instauração de inquérito judicial em tais casos, é sempre atual e oportuno o magistério do Min. Leão Velloso Ebert,<sup>31</sup> no sentido de que não exime o empregador da necessidade de inquérito, para comprovação do justo motivo de dispensa ou outras conseqüências, tenha o empregado estável optado pelo FGTS.

4.1 Contudo, aqui esbarramos, mais uma vez, nas restrições criadas pela nossa Suprema Corte à **abrangência** do direito subjetivo de defesa, que se prometeu no art. 153, § 15, da CF, **defesa** que, em rigorosa técnica e em terminologia científica, é o exercício da **pretensão à tutela jurídica** por parte do acusado.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Min. Leão Velloso Ebert, voto proferido no RR-TST 3.693/72, transcrito no **Ement. For.** 302.

<sup>32</sup> Essa é a noção de **defesa** que nos traz Pontes de Miranda, em seus **Comentários à Constituição de 1967**, T. V., Ed. RT, 1968, p. 221, que, apesar disso, somente a concebe em processo penal ou em processo fiscal penal. Para ele o princípio nada tem com o processo civil, onde há réus sem direito a defesa antes da condenação (?). Vale-se o mestre, porém de textos constitucionais históricos e, com eles, de acórdão igualmente histórico da antiga Corte Suprema, no AgPet 6.717, de 22.7.36.

De fato, o STF tem decidido que a defesa a que alude o § 15 do art. 153, EC 1/69, é a defesa em que há acusado em processo penal, ou processo fiscal-penal.<sup>33</sup> Nas execuções fiscais, p. ex., não há acusados, regulando-se o direito de defesa pela lei processual.

É ler-se decisão nesse sentido:

Já tive oportunidade de dizer que a defesa dos réus nas ações fiscais, civis ou **trabalhistas**, se exercem na forma regulada pelas leis processuais. O descumprimento eventual de normas processuais, por si só, não implica no desrespeito ao princípio constitucional invocado (Min. Cordeiro Guerra).

Acho, todavia, que os vetustos precedentes, originários de textos constitucionais também antigos e estritos, influíram nas decisões atuais, eivadas também de certa insegurança técnica, pois confundem o direito de defesa – que é **direito ao processo** (geral e amplo) – com o eventual descumprimento de normas do **processo**.

Ada Pellegrini Grinover,<sup>34</sup> ao fazer diferença entre garantias e direitos, menciona que por vezes um direito é ao mesmo tempo garantia de proteção de outros direitos. Assim é para o **direito de defesa**, como garantia para a efetivação de outros direitos, razão pela qual o direito de defesa pode viabilizar o **direito ao processo**, pode garantir o **direito ao contraditório**.

Acho que esse é o ponto fulcral da questão, não se devendo confundir, como o fez a jurisprudência levantada pela ilustre autora,<sup>35</sup> entre **direito ao processo** e certos incidentes processuais, tais como a **devolução de prazos, relevância de preclusão** ou **cerceamento de**

---

<sup>33</sup> **RTJ** 83/385, AgInst 71.414 (AgRg) – SP, STF, 2ª T.; RE 78.686-PE, Pleno, 1974; AgRg no AI 70.395, Pleno, 1977.

<sup>34</sup> Ada Pellegrini Grinover, "O Princípio da Ampla Defesa", **RPGESP** 19/9-20, palestra proferida no Curso de Processo Constitucional patrocinado pelo Centro de Estudos em co-participação com a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>35</sup> Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., p. 15, item 7.

**defesa**, dentro de um conceito de defesa que é deixado inteiramente à lei.

É preciso situar também o princípio do art. 153, § 15, em suas origens históricas, como o faz a referida autora, esclarecendo que a ampla defesa veio indicada concomitantemente à **nota de culpa**, pelas Constituições de 1824, 1891, 1937 e 1946. E, nas Constituições de 1937 e 1946, vinculada à **instrução criminal**.

Daí porque os constitucionalistas, a exemplo de Pontes de Miranda, sem dúvida o orientador da jurisprudência atual, retiram uma primeira consequência da garantia do direito de defesa, ou seja, a sua aplicação apenas ao processo criminal<sup>36</sup> e, quando muito, aos procedimentos em que haja uma acusação e a possibilidade de aplicação de pena, a exemplo dos procedimentos disciplinares administrativos.

Fugindo a esses enfoques e também ao argumento de que a Constituição seria lacunosa, ao menos explicitamente, com relação à defesa no processo civil, Ada Pellegrini sustenta, ainda, que, por integração analógica, o § 15 se completa com o § 4º, ambos do art. 153 da CF, pois "a especificação dos direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota" (CF, art. 153, § 36).

Argumenta-se em benefício da aplicação abrangente do direito de defesa constitucional, que é inerente aos processos administrativos disciplinares, que não se restringem à tutela dos interesses dos funcionários públicos **stricto sensu**, mas se estendem a todos os servidores, qualquer que seja o regime jurídico a que se sujeitem.

Dessa argumentação, que a ilustre autora utiliza para focalizar o caso dos servidores admitidos a título precário, em São Paulo, em face da Lei estadual 500, tira-se outra consequência, não menos exata, em

---

<sup>36</sup> Cf. Cláudio Pacheco, **Tratado das Constituições Brasileiras**.

relação aos servidores públicos regidos pela CLT ou pelo FGTS, tanto mais porque, existindo quanto a eles, tipicidade de conduta irregular, impõe-se a exigência da capitulação de forma a possibilitar ao acusado o efetivo exercício de sua defesa.

Sérgio de Andréa Ferreira<sup>37</sup> estudou a matéria além dos limites das nossas fronteiras, como reflexo da própria história da democracia. A Carta Magna, de 1215; o art. 10 da Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776; o art. XIV da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, França, 1793; as Emendas 5 e 14 à Constituição americana de 1797. O devido processo legal.

Originariamente, ensina ele, numa interpretação estrita, a garantia constitucional diria respeito tão somente ao processo judicial penal. A evolução tem mostrado, todavia, a ampliação da sua área de abrangência a outros processos e procedimentos, pois não é apenas no processo penal que existem acusados. Funciona, pois, o princípio, juntamente com o outro, da isonomia constitucional (CF, art. 153, § 1º).

Esse autor cogita, especialmente, do processo administrativo disciplinar, onde é preciso reduzir, cada vez mais, o arbítrio da autoridade administrativa, substituindo-se a feição discricionária por um processo em moldes jurisdicionais. Anota que as penalidades administrativas aplicadas são, em princípio, auto-executáveis, o que torna privilegiada a posição da Administração.

A partir daí, demonstra, com a mão na Constituição, que sempre que houver acusado ampla defesa haverá. Cita, então, os arts. 95, § 1º (Ministério Público); 152, parágrafo único (perda de mandato político); 154 (suspensão de direitos individuais e políticos); 113, § 2º (remoção e disponibilidade de juízes); 35, § 3º (perda de mandato

---

<sup>37</sup> Sérgio de Andréa Ferreira, "A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo Processual Disciplinar", **RDP** 19/60.

parlamentar por ausência); 149 (declaração de perda ou suspensão de direitos políticos).

Rubem Rodrigues Nogueira,<sup>38</sup> citando lição de Agustín A. Gordillo,<sup>39</sup> comunga igualmente do critério ampliativo do princípio, que recebe da Constituição um caráter fundamentalmente axiológico; e da necessidade de sua aplicação **prévia**, porque melhor é conservar intactos os direitos que depois de violados procurar remédios.<sup>40</sup>

Seria o caso da **anterioridade** do inquérito judicial, conforme sustentamos.

O texto constitucional, diz ele, não distingue entre acusados, não limita nem restringe a extensão do vocábulo. Fala de acusado, genericamente. Por tudo isso é de estranhar – continua – o ponto de vista adotado pelo STF, ao afirmar que o preceito do art. 153, § 15, da CF cogita do princípio universal da ampla defesa apenas na esfera penal.<sup>41</sup>

## 5. Conclusões

1. A estabilidade, sob os regimes da CLT ou do FGTS, deve ser vista como meio de **proteção** do empregado contra a despedida arbitrária.

2. Embora não-estável **funcionalmente** (direito ao emprego) pelo FGTS, o empregado o é **economicamente**, com estabilidade propiciada pela indenização, quando da dispensa através do Fundo.

---

<sup>38</sup> Rubem Rodrigues Nogueira, "Aplicação do Princípio da Ampla Defesa no Procedimento Administrativo Disciplinar", Trabalho aprovado no III Encontro Nacional de Procuradores Municipais, Blumenau, julho/76, **RDP** 41-42/75 e 76.

<sup>39</sup> Agustín A. Gordillo, "La Garantia de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo", **RDP** 10/16-24; Hart, **An Introduction to Administrative Law**; Schwartz, **Procedural Due Process in Federal Administrative Law**, apud Rubem Rodrigues Nogueira, ob. cit., p. 75.

<sup>40</sup> Artur Rezende, **Frases e Curiosidades Latinas**, 3ª ed., Rio, 1936, p. 405; **Melius est intact jura servere, quam vulnerata causa remedium quaerere**, apud Rubem Rodrigues Nogueira, ob. cit., p. 75.

<sup>41</sup> Rubem Rodrigues Nogueira, ob. cit., p. 76.



3. A **proteção** da estabilidade repousa no amplo direito de defesa do empregado, no plano da legislação obreira ordinária, como no plano constitucional, dada a sua inquestionável realidade no Estado de Direito, contrariamente ao arbítrio anti-social e abusivo.

4. O empregado estável-optante, eventualmente **acusado** de cometer falta grave, como justa causa para a rescisão do seu contrato laboral, tem **pretensão à tutela jurídica**, tem **direito ao processo**, na previsão do art. 153, § 15, da CF, pretensão e direito que não se limitam ao processo penal ou fiscal-penal, nem se confundem com a mera subversão de normas **do processo** (ciência da acusação, vista dos autos, oportunidade de provas, inquirição e reperguntas).

5. A tipicidade de conduta irregular, como elemento indispensável à aplicação da pena, deve ser capitulada de forma a possibilitar ao acusado o efetivo exercício de sua defesa, seja ele celetista ou optante, na esfera privada ou pública-administrativa.

6. As faltas justificadoras das rescisões contratuais (CLT, art. 482 e alíneas) afetam, quase sempre, a dignidade pessoal e profissional do empregado e têm índole infamante, devendo ser, por isso mesmo, cumprida, firme e inquestionavelmente provadas. Só haverá justa causa quando estiver prevista em lei, assim como acontece no Direito Penal: não há crime sem lei que o defina.<sup>42</sup>

7. O juiz que analisar os fatos e que aplicar a sanção terá de perquirir quais os atos considerados, v.g., ímprobos ou desidiosos; e definir a falta, agindo com cautela e avaliando as condutas do ponto de vista **subjetivo** e do ponto de vista **objetivo**, sendo que, na análise subjetiva da causa, apurará a **intenção** e também a **qualidade**.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Mozart Victor Russomano, ob. cit., p. 552.

<sup>43</sup> Idem, ibidem.

8. A **improbidade**, p. ex., revela-se pela desonestidade, abuso, fraude ou má-fé, pouco importando seja definida ou não na lei penal como crime, embora possa haver coincidência das figuras. Russomano<sup>44</sup> recomenda que se faça, perante a Justiça do Trabalho a prova que tenha faltado na Justiça Criminal. Jorge Severiano Ribeiro<sup>45</sup> escreveu sobre os crimes e as infrações no Direito do Trabalho.

9. A evolução tem mostrado a ampliação da área de abrangência do art. 153, § 15, da CF, a outros processos e procedimentos, pois não é apenas no Direito Penal que existem acusados. Deve o princípio da ampla defesa libertar-se da vinculação à herança vetusta e acanhada da **nota de culpa** e da **instrução criminal**, das Constituições passadas.

10. O tema deste trabalho, embora afim das demais questões delibadas, situa-se em patamar superior, pois aqui não se questionam disposições imperativas que se dirijam apenas ao cidadão, mas sim ao Estado. Trata-se da existência de um **direito fundamental**, que em sua substância não é simples bem jurídico, mas parcela da própria **liberdade**, anterior e superior ao Estado.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Idem, ibidem.

<sup>45</sup> Jorge Severiano Ribeiro, **Dos Crimes e das Infrações no Direito do Trabalho**, p. 147.

<sup>46</sup> Léon Duguit; Cari Schmitt, obs. cit., pp. 165 e 189, respectivamente (cf. Hugo Gueiros Bernardes, ob. cit., p. 82).